

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO

O FUTURO DAS TRANSFERÊNCIAS DIRETAS DE SEDE DE SOCIEDADES
COMERCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA APÓS OS ACORDOS NATIONAL GRID
INDUS E VALE

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de
Mestre em Direito

Por **Pedro Edgar Monteiro de Meireles**
Sob orientação do **Senhor Professor Doutor António Frada de Sousa**

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Maio de 2016

“Economic analysis of law has outlasted legal realism, legal process, and every other field of the legal scholarship. It is probably the major breakthrough of the last two hundred years in legal scholarship” (Richard Posner)

ÍNDICE

JURISPRUDÊNCIA DO TJUE.....	6
ABREVIATURAS.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
1. Identificação do objeto.....	8
CAPÍTULO I – DETERMINAÇÃO DA LEI REGULADORA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO DOMÍNIO DA UNIÃO EUROPEIA.....	10
1. Critérios de Determinação de Lei Reguladora – <i>teoria da sede real vs teoria da incorporação</i>	10
2. Arbitragem Regulatória e Lei aplicável no domínio Societário – <i>uma análise económica</i>	15
CAPÍTULO II – TRANSFERÊNCIAS DIRETAS DE SEDE NA UNIÃO EUROPEIA – DA JURISPRUDÊNCIA DAILY MAIL Á JURISPRUDÊNCIA VALE.....	19
1. A Liberdade de Circulação.....	19
1.1. Da perspectiva da <i>Emigração Societária</i>	19
1.1.1. Acórdão Daily Mail – <i>O início de um ciclo</i>	19
1.1.2. Acórdão Cartesio – <i>Déjà Vu ou Evolução?</i>	21
1.1.3. Acórdão National Grid Indus – <i>O naufrágio do entendimentos Daily Mail?</i>	24
1.2. Da perspectiva da <i>Imigração Societária</i>	26
1.2.1. Acórdão Vale – <i>O fechar de um ciclo</i>	26
2. Proibição de restrições discriminatórias e de restrições não discriminatórias – <i>medidas nacionais vs normas comunitárias</i>	29
2.1. Jurisprudência relevante do TJ em matéria de mobilidade societária.....	30
2.1.1. A trilogia <i>Centros - Überseering- Inspire Art</i>	30
3. Princípio Geral de Proibição do Abuso no Domínio Societário.....	33
3.1. Acórdão Centros e Inspire Art – <i>a introdução do conceito de abuso</i>	34

3.2. Acórdão Cadbury Schweppes – <i>redefinição do conceito de abuso</i>	35
4. Conclusão Preliminar.....	37
CAPÍTULO III – 14ª DIRETIVA – A REGULAÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS DIRETAS DE SEDE?.....	38
1. Um projeto falido? – <i>recentes desenvolvimentos, Action 2012</i>	38
2. Objetivos e Finalidades – <i>utilidade prática</i>	39
3. Proposta de Regulação – <i>a diretiva das fusões, a sociedade europeia, e a sociedade privada europeia como ponto de partida</i>	41
3.1. Stakeholders.....	42
3.1.1. Credores – <i>credores fortes e credores fracos</i>	42
3.1.2. Sócios – <i>a defesa dos interesses dos sócios, a tutela dos sócios minoritários</i>	44
3.1.3. Trabalhadores – <i>participação laboral</i>	45
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA.....	48

JURISPRUDÊNCIA DO TJUE CONSULTADA

Cadbury Schweppes plc e Cadbury Scheppes Overseas Ltd contra Comissions of Inland Revenue (Processo C-196/04) [2006] Coletânea de Jurisprudência página I-07995.....	36
Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. (Processo C-210/06) [2008] Coletânea de Jurisprudência 2008 página I-09641.....	12,21
Centros Ltd contra Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (Processo C-212/97) [1999] Coletânea de Jurisprudência 1999 página I-01459.....	30
International Transport Worker’s Federation e Finnish Seamen’s Union contra Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti (Processo C-438/05) [2007] Coletânea de Jurisprudência 2007 página I-10779.....	40
Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amterdam contra Inspire Art Ltd (Processo C-167/01) [2003] Coletânea de Jurisprudência 2003 página I-10155.....	32
National Grid Indus BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam (Processo C-371/10) [2011] Coletânea de Jurisprudência 2011 página 00000.....	24
Reinhard Gebhard contra Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (Processo C-55/94) [1995] Coletânea de Jurisprudência 1995 página I – 04165.....	30
The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue,ex parte Daily Mail and General Trust plc (Processo 81/87) [1988] Coletânea de Jurisprudência 1988 página 05483.....	12,19
Sevic Systems AG (Processo C-411/03) [2005] Coletânea de Jurisprudência 2005 página I – 10805.....	27
Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement Gmbh (Processo C-208/00) [2002] Coletânea de Jurisprudência 2002 página I – 09919.....	31
VALE Építési kft (Processo C-378/10) [2012] Coletânea de Jurisprudência 2012 página 00000.....	27

ABREVIATURAS

Ac.	– Acórdão
Art	– Artigo
CSC	– Código das Sociedades Comerciais
DIP	– Direito Internacional Privado
Diretiva 2001/86/CE	– Diretiva 2001/86/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, que completa o estatuto da Sociedade Europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores
Diretiva 2005/56/CE	– Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada
Diretiva 2009/133/CE	– Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de Outubro de 2009, reativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro
DFT	– Diretiva das Fusões Transfronteiriças Comunitárias
DE	– Direito de Estabelecimento
DUE	– Direito da União Europeia
EM	– Estado (s)- Membro(s) da União Europeia
ESPE	– Proposta de regulamento do Conselho, de 25 de Junho de 2008, relativo ao Estatuto da Sociedade Privada Europeia
ESPE	– Estatuto Sociedade Privada Europeia
EUA	– Estados Unidos da América
pt.	– Ponto
RU	– Reino Unido
Regulamento 2157/2001	– Regulamento 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE)
RSE	– Regulamento relativo ao estatuto da sociedade europeia.
SC	– Sociedade(s) Comercial(ais)
SE	– Sociedade Europeia
SPE	– Sociedade Privada Europeia
TFUE	– Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	– Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	– União Europeia

INTRODUÇÃO

1. Identificação do Objeto

O objeto desta dissertação é a análise do estado das transferências intracomunitárias diretas de sede de sociedades comerciais. Concretamente, partindo da noção de direito de estabelecimento que nos é dada pelo direito primário da UE visamos perceber como se desenha o atual quadro das transferências, identificar os principais problemas que gravitam em torno de si, para face às necessidades e interrogações atuais tentar perspetivar qual será o seu futuro.

Tal importará a reflexão acerca da direção que a UE tem tomado na regulação da matéria societária. Se opta por uma posição rígida de regulação de cima para baixo (“top-down”), apostando na harmonização e tipificação detalhada, como é exemplo a primeira vaga de diretivas que se registou até ao final da década de noventa. Ou se, diferentemente, confere aos EM uma maior liberdade de ação, em prol de uma igualmente maior concorrência regulamentar, traçando apenas as linhas gerais a seguir na regulação dessa concorrência, deixando aos Estados a liberdade de estabelecerem os meios para concretizarem os objetivos europeus. É exemplo dessa tendência a recente diretiva das Fusões Transfronteiriças, o Regulamento da Sociedade Europeia ou o Estatuto da Sociedade Privada Europeia.

Outro elemento fundamental na apreciação do tema é a regulação interna dos Estados, em que assume particular importância a escolha do elemento de conexão para a determinação da lei que regula o estatuto das sociedades. Existe uma multiplicidade de critérios determinadores da lei aplicável, embora seja unânime que a discussão se possa reconduzir à escolha entre a teoria da sede real e a teoria da incorporação, apesar de cada vez mais se assumir uma mitigação de ambas as teorias. Estas teorias são formalmente e materialmente distintas, assentam em conceções e valorações heterogéneas.

Paralelamente, o TJ casuisticamente vem prestando um precioso contributo para o desenvolvimento da temática, notando-se uma gradual e constante mutação da sua posição, ao longo dos vários acórdãos que tem proferido nas últimas décadas, desde o acórdão *Daily Mail* ao ac. *Vale*.

Em função de todos estes fatores, afigura-se necessário refletir sobre a necessidade de se adotar um instrumento europeu de direito derivado que regulasse as transferências diretas de sede intracomunitárias, como sucedeu para as transferências indiretas através da Diretiva das Fusões Transfronteiriças.

Inclinamo-nos positivamente desde já, em favor de uma maior transparência e eficiência, para a adoção da tão falada 14ª Diretiva, pois aportaria imensas vantagens, iria permitir uma harmonização essencial para acautelar o bom tratamento das transferências bem como das demais questões circundantes – como a proteção dos *stakeholders* ou a tributação das sociedades à saída - que de outro modo, ficarão sempre dependentes da doutrina traçada pelo TJ e das vontades dos EM.

CAPÍTULO I – DETERMINAÇÃO DA LEI REGULADORA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO DOMÍNIO DA UNIÃO EUROPEIA

1. Critérios de Determinação de Lei Reguladora – *teoria da sede real vs teoria da incorporação*

A *lex societatis* constitui a lei fundamental da sociedade comercial ¹, e tem várias implicações práticas, desde logo determina se a transferência internacional de sede será ou não possível, e se o for, em que condições. Tal possibilidade dependerá do tipo de elemento de conexão, determinador do estatuto pessoal da sociedade, definido pelo regime de DIP dos Estados, tanto do de origem como do de destino ². Existe uma grande diversidade de critérios que estipulam esses elementos, são exemplos a teoria da nacionalidade, a teoria do centro de exploração, a teoria do controlo, a teoria da sede real ou a teoria da incorporação ³.

Embora, possamos reconduzir a questão a dois critérios maioritários distintos, a teoria da incorporação ⁴ e a teoria da sede real ⁵. Ambas partilham o entendimento de que a sociedade deve se formar e reger pela lei do Estado onde se constituiu, ainda que haja algumas especificidades no caso da segunda, conforme veremos ⁶. E ambas não convivem em harmonia no espaço europeu, o que origina obstáculos à mobilidade das sociedades e que dificulta em larga medida a adoção de um instrumento legal harmonizador capaz de colmatar essas diferenças ⁷.

¹ Definem a sociedade na sua constituição, identidade, nascimento, organização, funcionamento e extinção.

² Beuerle Carsten e Schillig Michael (2010:310) “*the definition of the connecting factor is a matter for national law and immune from freedom of establishment interference in the same way as are domestic substantive and procedural rules on company formation*”.

³ Raúl Ventura (1977:360)

⁴ Também designada por *teoria da constituição*. Na literatura estrangeira poderá ser identificada por *incorporation theory*, entre outras.

⁵ Também designada por *teoria da sede efetiva, centro de administração e controle*. Na literatura estrangeira será identificado por *real seat, central headquarters, head office, siège réel*.

⁶ Frada de Sousa (2012: 102)

⁷ Essas diferenças partem logo da filosofia inerente a cada uma das teorias, que é substancialmente distinta uma da outra, “*Incorporation States view company law as basically enabling and facilitative, whereas real seat States view company law as mainly public and mandatory*” (Frada de Sousa, 2009:4)

A teoria da sede real estipula que a *lex societatis* de uma sociedade é determinada em função do ordenamento jurídico onde se situe o seu centro de administração e controlo, que é o centro nevrálgico do governo societário, no qual ocorre toda a atividade da sociedade – i.e., onde se reúnem os órgãos de direção e gestão e estão presentes os órgãos de fiscalização⁸. Exige-se que não só a sede estatutária como a sede real estejam situadas no território de um EM. Resulta desta, a necessidade de uma ligação “quase umbilical”⁹ entre a sociedade e o estado de constituição, a qual é quebrada com mera transferência de uma das suas sedes para fora do estado, o que implicará a anulação ou dissolução *ex lege* da SC¹⁰. A exigência desta forte ligação, é contraproducente para a mobilidade societária. Acaba por entravá-la numa dupla aceção: numa perspetiva de *emigração*, para a sociedade nacional que pretende transferir-se para outro Estado, e não o pode fazer sem que tal não determine a sua extinção *ex lege*, (entrave à saída); e numa perspetiva de *imigração*, para as sociedades estrangeiras que queiram transferir-se para um Estado que siga esta teoria, pois, como este não as reconhecerá, tendo estas sociedades que se constituir *ex novo* nesse EM (entrave à entrada).

Conclui-se, desde já, que esta teoria leva a resultados desrazoáveis e violadores do DUE. Elimina a hipótese de as SC exercerem uma das suas liberdades fundamentais: a liberdade de estabelecimento (art. 54.º TFUE)¹¹.

Ressalta inequivocamente a promoção de um modelo de soberania estadual, “...segundo o qual os Estados dispõem do controlo absoluto sobre o seu território (a “arena” onde o Estado exerce a sua autoridade soberana), incluindo as pessoas coletivas...”¹². Tradicionalmente estados como a Alemanha, França, Bélgica, Áustria e Hungria¹³, “veem-na com bons olhos” visto que partilham o ideal do protecionismo para

⁸ Lima Pinheiro (2015:116)

⁹ Para Johnston A. e Sypris P. (2009: 381) sistemas jurídicos “*wich require a physical connection between companies incorporated under their law and their territory [.....] this essentially means that entrepreneurs will need to live in real seat Member States if they wish to incorporate their companies under the local law*”.

¹⁰ A SC incorporada num Estado deverá cumprir os requisitos da lei desse Estado na sua constituição mas também durante toda a sua vida sob pena de dissolução.

¹¹ Para mais desenvolvimentos da noção de direito de estabelecimento, ver Frada de Sousa (2013:330).

¹² Frada de Sousa (2012:103)

¹³ Entre os aderentes desta teoria encontramos diferentes graus de adesão, se em França se admite aparentemente a transferência de sede social, mas com mudança da *lex societatis* aplicável, já na Alemanha, Áustria e na Hungria essa transferência de sede social isolada não é possível (Korom e Metzinger, 2009:148).

a defesa dos seus interesses nacionais, acabando por se fecharem em si mesmos ¹⁴¹⁵, o que prejudica as sociedades nacionais que queiram “emigrar” mas acima de tudo as sociedades estrangeiras que desejem para lá “imigrar”, impedindo as sociedades de *concorrerem eficientemente entre si* ¹⁶.

Em última análise, esta teoria leva a que os EM se prejudiquem mutuamente ¹⁷, num cenário hipotético, se todos seguissem esta teoria haveria uma aniquilação da concorrência e arbitragem regulamentar, apesar de tal cataclismo não ocorrer, a sua mera presença em alguns EM é ameaçadora para a promoção destes fenómenos.

Por força do exposto, verificamos com espanto que contrariamente ao que seria expectável ¹⁸, o TJ tem apoiado a sua defesa nos casos que lhe vão chegando, sendo comum encontrar passagens aludindo ao “poder do Estado de vida e morte sobre as sociedades que são criação sua”, umas mais antigas como sucede no acórdão *Daily Mail* ¹⁹ outras mais recentes, como o reiterado no ac. *Cartesio* ²⁰. Convém não esquecer que estamos a falar de momentos que distam duas décadas entre si, logo é mais que evidente a tendência de continuidade.

É precisamente em desfavor desta atrofia da mobilidade societária, que a teoria da incorporação se insurge, possibilitando aquilo que a teoria da sede real não permite, isto é, a transferência do centro de administração e controle da sociedade sem acarretar a perda da sua personalidade jurídica. Considera que a *lex societatis* é determinada em função do local onde a sociedade for constituída, que equivalerá à sede estatutária ou *registered*

¹⁴ Uma grande vantagem da teoria é a defesa da proteção dos interesses dos *stakeholders*, no entanto parece-nos que a solução ideal não passa por um Estado fechar as suas fronteiras, mas sim por uma solução de compromisso entre o direito de estabelecimento e a defesa dos interesses dos credores, trabalhadores, sócios.

¹⁵ Um dos grandes receios que os Estados têm é perder a maior parte da receita fiscal com a abertura das fronteiras à emigração societária.

¹⁶ Frada de Sousa (2012: 106)

¹⁷ Em grande parte porque uma postura fechada favorece a petrificação do direito das sociedades dos Estados Membros.

¹⁸ Como explica Poiars Maduro (2006:131) “a proteção destes valores está confiada ao Tribunal de Justiça, cuja tarefa, enquanto «guardião dos tratados» e intérprete das suas disposições, lhe confere o papel principal na salvaguarda da independência da organização do mercado e da «demarcação das esferas pública e privada»”.

¹⁹ Daily Mail, pt 19.

²⁰ Cartesio, pt 104.

office ²¹, ou seja, ao local indicado nos estatutos da sociedade como sendo a sua sede ²². Assim sendo, uma SC poderá deslocalizar toda a sua atividade para fora das fronteiras do seu Estado de constituição sem que tal implique a sua extinção ²³. Poderá também manter a sua atividade no Estado de origem, transferindo apenas a sua sede estatutária, e ser plenamente reconhecida como sociedade no estado de acolhimento.

Decorre daqui uma maior amplitude de circulação para as suas SC, conferindo-lhes a ampla possibilidade de se regerem pela lei do estado de origem, mas exercer a sua atividade noutro Estado, sem qualquer contrapartida associada ²⁴. Este entendimento lato contraria a atrofia suprarreferida, e sustenta uma leitura ampla do direito de estabelecimento, que se aproxima dos moldes em que é entendida a liberdade de circulação das pessoas singulares na União Europeia.

Ao fomentar a flexibilidade de circulação das sociedades contribui-se igualmente para um reforço do próprio princípio da autonomia privada ²⁵. Abre-se a possibilidade de as SC poderem deslocalizar a sua atividade além-fronteiras se assim o desejarem, e para onde bem entenderem. A sua atividade passa a deixar de estar obrigatoriamente confinada ao mercado nacional e passa a estar aberta ao mercado europeu, o que leva totalmente em conta com o espírito europeu, que visa a realização do mercado interno (assente nas liberdades de circulação) ²⁶.

Associada a esta ideia de flexibilidade, surge a de segurança jurídica. Os seus sócios têm a garantia de que, independentemente do lugar para onde transfiram a sede efetiva, a *lex societatis* será a lei da sua escolha pois permanecerá imutável, excetuando

²¹ Ver Lima Pinheiro (1998: 680), aponta a diferença substancial entre sede estatutária e *registered office*. Embora por efeitos de simplicidade trataremos as duas como correspondentes ao mesmo conceito.

²² O facto de se ligar uma sociedade a um facto cuja localização facilmente se pode estabelecer tem a grande vantagem de evitar dúvidas e incertezas, Ferrer Correia (1951-52:124).

²³ Pode haver aqui o grave inconveniente de ligar uma sociedade á lei de um determinado Estado no qual não exerce nenhuma atividade e portanto esse elemento ser totalmente extrínseco à vida do ente social, Ferrer Correia (1951-52:124).

²⁴ Deák Daniel (2009:498) “*A legal system applying the incorporation principle provides businesses more freedom than the legal systems that apply the real seat principle*”.

²⁵ A doutrina vai neste sentido, Frada de Sousa (2009:5) “[.....] *companies and company law basically as a product of private autonomy: the company’s founders are free to choose the State of incorporation, while retaining the company’s central headquarters abroad, and consequently, although indirectly, they are capable of choosing the lex societatis*”, ou Silva Correia (2014:11) “[....] *the incorporation theory is based on private autonomy because it allows the choice of law to govern one company, simply by incorporating in the chosen country*”.

²⁶ O acórdão *Schul Douane* aponta o conceito de mercado interno (Gorjão Henriques, 2008:420).

o caso de estes decidirem transferir também a sede social, o que é uma mundividência do próprio princípio da autonomia privada.

Aquando da escolha do Estado no qual os sócios pretendem constituir *ex novo* ou para onde pretendem transferir a sede, eles sabem qual vai ser a lei reguladora (a *lex societatis* da sociedade), uma vez que *a priori* conhecem o elemento de conexão adotado nesse ordenamento jurídico no domínio societário. Por isso, qualquer escolha, será sempre uma escolha informada, tomada única e exclusivamente de acordo com a vontade dos sócios da sociedade ²⁷. Diz-se então que a teoria da incorporação baseia-se na autonomia privada das sociedades, pois promove o ideal de ampla mobilidade societária tão desejado pelas sociedades e nos moldes desejados por estas, ao invés da teoria da sede real que o restringe. E fá-lo de uma forma pouco onerosa para as sociedades, ao exigir “apenas” a presença da sede estatutária no território do Estado para haver constituição ou incorporação da sociedade e subsequente aplicação da lei reguladora nacional. Digo “apenas”, porque a constituição da sede estatutária é simples; em regra basta a mera indicação nos estatutos da sociedade como sendo a sede da sociedade: não é necessário que a sociedade desempenhe qualquer atividade económica efetiva nesse Estado, o que é comparativamente mais simples do que se fosse necessário estabelecer aí a sede real.

Obviamente que isto faz sentido atendendo à interpretação que se faz do conceito de sede estatutária, sendo-lhe atribuída meramente funções de receção de correspondência ou de notificações. Daí que lhe seja associada a desnecessidade de nela ocorrer qualquer implantação real, e por isso seja tão acessível a sua constituição. Aliás a simplicidade de constituição da sede estatutária é um motivo importante que faz com que a teoria da incorporação seja extremamente apelativa.

Porém, toda esta facilidade caracterizadora do conceito de sede estatutária pode levar ao surgimento de situações abusivas; penso nas situações das designadas “sociedades caixa de correio” ²⁸, que conduzem a um completo desvirtuamento da teoria da incorporação, e que expõem uma grande fragilidade sua.

²⁷ Frada de Sousa (2009: 7) “Whereas the incorporation model is based on the will of the shareholders as regards the choice of the *lex societatis*, the real seat model, under a typical governmental interest analysis, is based on the precedence of the State’s will”.

²⁸ As sociedades que deslocalizam a sua sede estatutária para um determinado Estado, com o único propósito de beneficiarem de um regime societário mais favorável, como exemplo mais comum, o caso dos paraísos fiscais, as sociedades transferem-se para beneficiar única e exclusivamente de um regime fiscal mais favorável que esses países oferecem.

2. Arbitragem Regulatória e Lei aplicável no domínio Societário – *uma análise económica*

No atual panorama societário europeu, as leis societárias são vistas com um produto do “*mercado de leis*” proporcionado pelos diferentes Estados ²⁹.

Por um lado temos os Estados que legislam com o objetivo de melhor satisfazer os destinatários das leis, consagram regimes jurídicos societários de forma a manter as sociedades neles estabelecidas e atrair sociedades estrangeiras para lá se deslocalizarem. Há aqui uma vontade de o Estado “servir” as sociedades. Este ímpeto que prosseguem é o que origina a concorrência regulamentar, a concorrência de regimes legais entre as diferentes jurisdições. A sociedade é vista como entidade geradora de lucro, e por isso sucede que, em regra, os Estados consagram quadros normativos tendo em vista a maximização desse lucro. São exemplos disso, os regimes fiscais e laborais mais favoráveis, com menores taxas de tributação dos lucros, ou regimes de despedimento mais flexíveis. Isto pode levar à ocorrência de falhas de mercado ³⁰ e externalidades/prejuízos para terceiros afetados (i.e. trabalhadores, credores, sócios minoritários – os designados *stakeholders*) ³¹. No entanto, a consagração do regime mais favorável possível para atrair as sociedades deve ser visto com limites. As regulações nacionais devem sempre respeitar o princípio da não discriminação, sob pena de incorrerem em situações discriminatórias, possibilitando às sociedades formalmente estrangeiras um regime mais favorável do que o consagrado para as sociedades lá constituídas, o que não é de todo o que se pretende ³².

Por outro lado, temos as sociedades que se constituem ou se deslocalizam para o país que oferecer o quadro normativo que melhor se adegue aos seus interesses. Esta possibilidade de escolha é o que se designa por arbitragem regulatória: a hipótese de os destinatários das leis, neste caso as SC, terem a possibilidade de escolher o “produto normativo” que melhor satisfaça os seus interesses.

²⁹ Esta ideia foi pioneiramente explorada pelo economista Charles Tiebout (Tiebout 1956).

³⁰ Pode haver certas falhas ou problemas próprios da natureza das transferências, “*the presence in the territory of a Member State of various types of companies, many of them foreign and some governed by legal regimes that the domestic adjudicator is not familiar with, increases the costs of information and of legal advice for customers and other market participants and the risk of an incorrect judgment in case litigation cannot be avoided*” (Beuerle Carsten e Schillig Michael, 2010:322).

³¹ Frada de Sousa (2009: 550)

³² Pretende-se que haja neutralidade tanto na exportação como na importação de capital, para mais desenvolvimentos ver Deák Daniel (2009:496).

Em função destas ideias, a escolha do elemento de conexão assume um papel preponderante. Este é que vai determinar a facilidade com que uma SC se pode submeter à lei societária de um EM. É o que faz com que seja possível a ligação entre o Estado “vendedor” e a SC “compradora”. Um EM pode ter um regime legal bastante apelativo mas assumir uma atitude protecionista, e reservar apenas para as suas sociedades a opção de se reger por esse regime, ou, pelo contrário permitir uma grande abertura a todas as sociedades que nele se queiram constituir ou reincorporar. Certo é que a concorrência interestadual associada à ideia de mobilidade societária é o que alimenta a efetiva implantação da arbitragem regulamentar ³³.

Quer queiramos quer não, a concorrência obriga os Estados mais conservadores a “abrirem” os seus sistemas legais. Quanto mais não seja para as suas sociedades não se transferirem para outro EM, estes veem-se obrigados a adaptar-se às novas realidades sob pena de “morrerem”. Temos o exemplo do Reino Unido que tem uma atitude pró-ativa em favor da mobilidade e beneficiou imenso com isso, em certo momento tornou-se o berço europeu das pequenas-médias empresas.

Em razão desta realidade, não é estranho verificar a progressiva perda de importância da teoria da sede real em detrimento da teoria da incorporação, por força desta última promover com acuidade a mobilidade societária ³⁴. Ainda que a esta também se apontem limitações – apesar de ser bastante promotora da mobilidade num primeiro momento, de constituição *ex novo* de uma sociedade – acaba por restringi-la, num segundo momento, no caso de uma transferência subsequente de sede, ao não permitir essa transferência, sem que tal implique a dissolução da sociedade.

Certo é que, no espaço europeu, se verifica uma diversidade de elementos determinadores do regime de DIP dos Estados, pelo que se impõe a reflexão sobre se essa diversidade é boa e fomentadora dos fenómenos da concorrência e arbitragem regulamentar, ou se devemos antes defender uma solução uniformizadora, e adotar um instrumento de regulação harmonizador, tal como aconteceu no caso das fusões

³³ Existe uma relação de funcionalidade entre estes dois fenómenos, “*would be pointless, if the various companies that are now subject to the law of another State were not legally able to take advantage of the aforementioned regulatory offers and could not change their nationality without losing their corporate identity [.....] without the regulatory arbitrage, effected especially through the cross-border conversion of companies, regulatory competition could not function well or be efficient*” (Szydło, 2010:417).

³⁴ Deák Daniel (2009:498) “*A legal system applying the incorporation principle provides businesses more freedom than the legal systems that apply real seat principle*”.

transfronteiriças. A dúvida reside essencialmente entre saber se adotamos uma postura mais liberal e respeitadora das diferenças que se verificam entre os diversos EM neste ponto, ou se defendemos uma postura mais conservadora, através de uma ação ao nível supraestadual que imponha determinadas soluções jurídicas, e promova com mais ênfase a segurança e certeza jurídica.

Em torno destas visões colocam-se vários argumentos, uns com maior outros com menor pertinência. Quem defende uma postura mais liberal tende a afirmar que a uniformização acarreta com ela a estagnação jurídica, tornando as legislações nacionais menos permeáveis para responder a possíveis desenvolvimentos ou alterações da atividade económica dos agentes ³⁵. Os mais conservadores contrapõem, afirmando que essa mesma uniformização promove a estabilidade e certeza jurídica, e que, ao impor uma solução amigável da mobilidade societária, se defende mais os fenómenos da concorrência e arbitragem regulamentar, protegendo as sociedades face a intervenções legislativas anacrónicas ou inefficientes dos Estados ³⁶.

Quanto a nós, parece-nos que a adoção de um instrumento harmonizador, como uma Diretiva, será a solução mais adequada. A diversidade de elementos de conexão de DIP é promotora de resultados eficientes quando, e somente quando, aponte para a promoção da mobilidade societária: não quando leva a situações de aniquilação da mobilidade a todo o tempo no caso da teoria da sede real ou, parcialmente, no caso da teoria da incorporação que inibe as transferências subsequentes. Por isso não vemos esta diversidade de elementos de conexão como algo que fomenta a concorrência e arbitragem regulamentares. Antes pelo contrário, entrava significativamente a mobilidade das sociedades na União Europeia.

Desta forma, um instrumento de direito secundário europeu que estabelecesse um patamar mínimo de uniformização, no sentido de permitir as transferências de sede social (com ou sem o acompanhamento da sede real) garantiria, sem dúvida alguma, o fomento da arbitragem regulatória das sociedades, sem prejudicar a concorrência regulatória e sem

³⁵ Neste sentido Rocha Pichel (2013:20) *“rejeita-se a ideia de que o fenómeno da globalização das atividades económicas exige, necessariamente, instrumentos jurídicos uniforme elaborados a um nível supraestadual”*.

³⁶ O que se pretende é que *“o direito de regulação dos Estados seja temperado pela possibilidade das sociedades em beneficiarem das oportunidades proporcionadas por um mercado interno liberalizado [.....] Assim um equilíbrio deve ser atingindo entre os direitos dos Estados para regular as SC e as liberdades económicas individuais das sociedades”* (Barthet Justin, 2013:505), (tn).

interferir na produção eficiente de legislação nacional. Antes pelo contrário, estimulava inclusive o desenvolvimento da concorrência. Havendo a garantia de uma ampla liberdade de estabelecimento, a procura, pelas sociedades, da mobilidade no espaço europeu, iria aumentar exponencialmente: os estados teriam um motivo adicional para se aperfeiçoarem em ordem a atrair para si essa procura.

Se seguirmos este caminho, e atendendo ao progresso do processo de construção europeia que se tem seguido, talvez possamos caminhar numa direção semelhante à realidade de concorrência e arbitragem regulamentar vivida nos EUA. Se esse será o próximo passo, tal revela-se uma incerteza. Isto apesar de haver doutrina que aponta nesse sentido ³⁷.

Se não se optar por uma solução do género da proposta por nós, continuaremos a deixar nas mãos dos Estados a liberdade para estes restringirem a liberdade de estabelecimento das sociedades a seu belo prazer. Restará ao TJ o papel da defesa das liberdades de circulação, ainda que de forma limitada, pois este fica adstrito à apreciação material dos casos que lhe vão chegando ³⁸, o que se revela de todo insuficiente, como se tem revelado até aqui.

³⁷ Neste sentido Federico Mucciarelli (2012)

³⁸ Além de que “o TJ desempenha uma função de guardião constitucional do DUE que lhe inibe do papel de criar um quadro legal e administrativo para suportar as liberdades económicas que os suas decisões salvaguardam” (Barthet Justin, 2013: 512), (tn).

CAPÍTULO II – TRANSFERÊNCIAS DIRETAS DE SEDE NA UNIÃO EUROPEIA – DA JURISPRUDÊNCIA DAILY MAIL À JURISPRUDÊNCIA VALE

1. A Liberdade de Circulação

1.1. Da perspectiva da *Emigração Societária*

1.1.1. Acórdão Daily Mail - O início de um ciclo

A primeira grande decisão do TJ em matéria de mobilidade societária deu-se em 1988, com o acórdão *Daily Mail*, no qual o Tribunal veio a considerar que o estado de origem podia impedir a transferência da sede real de uma sociedade para outro estado sem mudança de lei societária aplicável. Este caso revela contornos bastantes curiosos. Desde logo, não se tratava originariamente de um caso de Direito Internacional Privado, pois não estava em discussão um problema de conflito de leis, mas sim de um simples caso de tributação à saída de direito fiscal, pelo que o tribunal encara o problema de um ângulo errado ³⁹. Houve total desconhecimento de que no ordenamento jurídico do Reino Unido e da Holanda vigorava a teoria da incorporação, e que portanto tal transferência seria permitida, o que constitui um erro crasso e relevante na decisão adequada ao problema in casu.

O caso referia-se a um litígio entre a sociedade *Daily Mail* e o Tesouro do RU. A primeira queria transferir a sua residência fiscal para a Holanda, porém o segundo sustentava que a sociedade teria que pagar uma taxa se quisesse fazê-lo. Como o domicílio fiscal de uma SC no RU era aferido pela sua sede real, para haver uma mudança desse domicílio para fora do RU, teria de haver uma autorização fiscal por parte do tesouro do RU, que era concedida mediante o pagamento da taxa, obrigação que a sociedade rejeitava apesar de a sua sede se localizar lá.

³⁹ O autor Frada de Sousa (2012:354) chama a atenção para este problema.

Não há dúvidas que a natureza do litígio era de Direito Fiscal, a discussão seria acerca da admissibilidade ou não das medidas fiscais impostas às SC inglesas à luz da liberdade de estabelecimento, pois era certo que tanto à luz da lei inglesa como da holandesa era permitido a transferência da sede real sem perda da personalidade jurídica.

No entanto o TJ centrou-se em desenvolver uma retórica em torno da admissibilidade da teoria da questão prévia de que a sociedade é um produto do direito nacional do estado de origem e por isso só existe nos moldes e condições que esse direito determinar ⁴⁰. O estado poderia assim impedir a transferência da sede real de uma sociedade para outro estado membro, caso esta se mantivesse sujeita ao seu direito, sob pena de se violar o art 52 ° e 58 ° TFUE. Por consequência, pode deduzir-se, também segundo a teoria da questão prévia, que o estado de origem de uma sociedade que pretenda transferir a sua sede estatutária para outro EM, com manutenção da sua personalidade jurídica, tem o poder de impedir essa transferência.

Assim, num exercício artificial que extravasou claramente o objeto da decisão de reenvio, o TJ demarcou pela primeira vez a sua posição sobre as transferências diretas de sede. Ficou patente a opção do TJ pela defesa da teoria da sede real na sua aceção mais “pura”, em detrimento da teoria da incorporação, a qual subordinava as SC ao poder do Estado, podendo-se afirmar que conferia aos Estados “um direito de vida ou de morte sobre suas sociedades ⁴¹, logo, se o Estado as mata, estas perdem o gozo do direito de estabelecimento” ⁴²⁴³.

Isto tudo equivale a dizer que o TJ defendeu que a teoria da sede real não é contrária à liberdade de estabelecimento ⁴⁴, o que nos leva a um resultado paradoxal, uma vez que assim acaba por se proteger mais a teoria da sede real, que é tendencialmente mais criadora de obstáculos à mobilidade, do que a teoria da incorporação.

⁴⁰ Equivale a reconhecer de que a competência dos Estados para determinar quais os elementos de conexão determinadores da lei societária, é uma matéria que foge ao escopo do Direito Comunitário, em favor da autonomia dos sistemas jurídicos nacionais.

⁴¹ Quer isto dizer que os Estados gozavam de ampla discricionariedade para determinar os requisitos que as SC teriam de respeitar para manter a sua qualidade jurídica num cenário de transferência de sede.

⁴² Frada de Sousa (2012)

⁴³ Parece resultar da decisão, *“In other words, European companies can apparently freely decide where to incorporate but are not free to change company law afterwards by deciding to reincorporate elsewhere”* Mucciarelli Federico (2008:268).

⁴⁴ Neste sentido, Armour e Ringe (2011:133) afirmam que “many commentators concluded that Daily Mail showed the real seat theory to be fully compatible with the treaty freedoms”.

1.1.2. Acórdão Cartesio – Déjà Vu ou Evolução?

Após 20 anos do acórdão *Daily Mail*, o TJ voltou a pronunciar-se sobre a possibilidade de emigração societária, desta vez no âmbito de um litígio originariamente de DIP. Estava em causa a sociedade Cartesio, regida pela lei societária húngara, que pretendia transferir a sua sede de administração e controlo para Itália mantendo-se submetida à lei Húngara. O que começou por parecer ser um déjà vu da *solução Daily Mail*, pela defesa da teoria da questão prévia, que como vimos considerava a possibilidade de um estado extinguir as sociedades nacionais á saída impedindo-as de se transferirem para o estrangeiro ⁴⁵, veio a revelar-se algo mais do que isso, tendo o TJ apresentando uma boa construção jurídica e de entendimento nesta matéria.

Na sua linha argumentativa o tribunal viria a quebrar parcialmente a teoria da questão prévia, ao reconhecer através de um obter dictum com “rasgo inovador”, que uma sociedade poderá invocar o direito de estabelecimento para se reincorporar noutro estado-membro para beneficiar da lei desse estado-membro, operando para isso a uma transformação de tipo social conforme á lei desse estado de destino ⁴⁶.

A este propósito o tribunal salientou duas hipóteses no pt. 111, a segunda das quais não foi sequer considerada na jurisprudência *Daily Mail*, “ todavia o *caso de transferência da sede de uma sociedade constituída ao abrigo do direito de um Estado-Membro para outro Estado-Membro, sem alteração do direito que lhe é aplicável, deve ser distinguido do caso de deslocação de uma sociedade de um Estado-Membro para outro estado-membro com alteração do direito nacional aplicável, uma vez que a sociedade passa a revestir uma forma prevista no direito do Estado-Membro para o qual se desloca*”. Se, no primeiro caso, tanto no ac. *Daily Mail* como neste ⁴⁷, o TJ foi perentório ao afirmar a possibilidade discricionária dos estados de impedirem tal emigração societária, quando a sociedade queira manter-se vinculada á sua lei de origem

⁴⁵ Contrariamente, o Advogado-Geral Póiares Maduro defendeu que seria impossível sustentar que os Estados gozassem de um amplo direito de “vida ou morte” sobre as sociedades constituídas ao abrigo do seu direito nacional, caso contrário seria reconhecer que estes teriam “carte blanche para aplicar uma sentença de morte” ás sociedades pelo simples facto de estas decidirem exercer o seu direito de estabelecimento (pt 31 das suas Conclusões no caso Cartesio). Deste jeito, o AG considerou in casu que a norma de direito húngaro que impossibilitava a emigração da sociedade violava o direito de estabelecimento (pt 35 das suas Conclusões no caso Cartesio).

⁴⁶ Frada de Sousa (2012: 612)

⁴⁷ O Tribunal negou a possibilidade de a Cartesio valer-se da liberdade de estabelecimento para continuar vinculada ao direito húngaro não obstante ter transferido a sua sede efetiva para Itália (pt.110 ac. Cartesio).

mantendo o seu tipo societário originário, já na segunda hipótese o TJ deu um salto qualitativo no entendimento do direito de estabelecimento, reconhecendo que cada estado membro não pode impedir que uma sua sociedade nacional se reincorpore noutra EM, e se transforme numa sociedade nacional desse outro estado, desde que este o permita ^{48 49} ⁵⁰, por isso a transformação não poderá implicar a dissolução ou liquidação prévia à saída, da sociedade que pretende reincorporar-se, esta mantém a sua personalidade jurídica tal e qual como se não tivesse havido transformação ⁵¹, com a exceção óbvia quanto ao seu tipo social.

Não obstante, o tribunal não apresentou in casu a definição dos meios para a transformação, mas tal avizinha-se de fácil resposta. Se a sociedade passa a estar sujeita à lei do novo estado, será à luz do seu ordenamento jurídico que se apurarão os meios para a referida operação, certo é, conforme resulta do acórdão, que os EM têm de disponibilizar tais meios. Apesar de o TJ ter evitado a afirmação de um princípio de incorporação societária, nos moldes como se referiu à transformação, resulta inequivocamente que essa possibilidade de transformação aparece agora como uma via de exercício do direito de estabelecimento. O que não significa em todo o caso que esta seja apenas a única forma de as sociedades se reincorporarem, pelo que os EM podem proporcionar ipso iure às sociedades outras formas, como por exemplo a transferência de sede estatutária com mudança do status jurídico societário com a respetiva manutenção de personalidade jurídica.

Por outro lado, se é certo que um estado não poderá impedir uma sociedade de emigrar para outro EM, via transformação, por tal não se configurar como uma razão imperiosa de interesse geral, como resulta da parte final do pt. 113 ⁵², também certo é que, sob pena de incorrermos em incoerência sistemática, que o estado de destino não pode impor restrições ou requisitos adicionais para que não seja admitida a reincorporação,

⁴⁸ Cartesio, pt. 112.

⁴⁹ Esta imposição serve para evitar a criação de sociedades apátridas, nos casos em que é impossível estabelecer uma correspondência entre o tipo societário da sociedade e os tipos sociais do Estado de destino (Frada de Sousa, 2009: 50).

⁵⁰ Se a sociedade falhar a conversão em sociedade de outro Estado, o Estado de origem poderá removê-la do âmbito de proteção da liberdade de estabelecimento (Szydło, 2010: 436).

⁵¹ Szydło (2010:415) *“a company modifies its “legal clothes,”but does not cease to be exactly the same (existing all the time) subject of law”*.

⁵² Como explicam Wisniewski e Opalski (2009:603) *“After Cartesio, the survival of national emigration restrictions ins no longer abstractly guaranteed by the exclusive power of national jurisdictions; it must be based on substantive justification for the existence of the restrictions actually ordered”*.

para além das que constituam uma exceção justificada de direito primário de DUE. Tal entendimento não resulta claro do acórdão, máxime da parte final do pt. 112, que refere a necessidade de existência de consentimento para a reincorporação no seu território, porém, como vimos, não faria sentido o TJ estar a conceder uma liberdade que seria facilmente comprimida pelo estado de destino, aliás tal poria em xeque todo o entendimento relativo á reincorporação sobre a sede estatutária firmado no acórdão ⁵³.

Deste modo, como bem refere Frada de Sousa, ⁵⁴ o facto de «o tribunal não estar confrontado, no acórdão *Cartesio*, com uma situação de imigração societária mas de emigração, poderá explicar a referência tão lacónica à possibilidade de o Estado de destino da sociedade não permitir a imigração/transformação societária». Tal observação é extremamente pertinente e certa uma vez que, como sabemos, no recente acórdão *Vale*, um caso de imigração societária, o TJ veio a mostrar coerência com a posição adotada neste acórdão, ao recusar quaisquer entraves à entrada no caso de reincorporação direta de sociedades, que não sejam justificados por razões imperiosas de interesse geral.

Parece resultar deste caso o reavivar da teoria da sede real, pois o tribunal confirmou o entendimento *Daily Mail*. É surpreendente esta posição uma vez que, após a trilogia *Centros - Überseering - Inspire Art*, parecia que a teoria da sede real estava condenada ao abandono pelo Tribunal em detrimento da teoria da incorporação ⁵⁵.

Fundamental será referir que, até esta decisão, parecia estar criado pela trilogia atrás referida um “*mercado de leis reguladoras do estatuto pessoal das SC*” apenas nas situações de *imigrações societárias*, porém esta decisão veio reverter este facto, dando azo também á criação de um *mercado de leis nas emigrações societárias*, permitindo às SC estabelecerem-se na jurisdição que melhor satisfaça os seus interesses ⁵⁶. O futuro das reincorporações diretas deixou de estar tão dependente dos instrumentos de direito

⁵³ Em sentido oposto, Korom e Metzinger (2009:156) afirmam que “*o obiter dictum parece sugerir que o Estado de destino tem uma certa liberdade para decidir se aceita ou não as sociedades formadas á luz de outro Estado para nele se reincorporarem [.....] as transformações dependeram precisamente das escolhas feitas autonomamente pelos legisladores nacionais do Estado de destino*”(tn).

⁵⁴ Frada de Sousa (2012:616)

⁵⁵ Neste sentido Frada de Sousa (2009:52) “*Somehow paradoxically the Court, in Cartesio, appears to be trying to save now, on a conceptual and formalist basis, what still remains of the real seat doctrine*”.

⁵⁶ No caso das emigrações societárias o ac. *Cartesio* não desenha um mercado tão amplo quanto o das imigrações societárias, pois apesar de a SC poder transferir a sua sede sem perda de personalidade jurídica, alterar e escolher outra lei reguladora aplicável, já não o poderá fazer mantendo-se vinculada á lei do Estado de origem, o que equivale á renúncia da exportação do regime regulador societário, sendo este á luz da jurisprudência *Daily Mail* um entrave perfeitamente justificado.

européu derivado, do Estatuto da SE e da Diretiva das Fusões, que constituíam a única via pela qual poderia haver reincorporações intracomunitárias.

1.1.3. Acórdão National Grid Indus – O naufrágio do entendimento Daily Mail?

O acórdão *National Grid Indus* constitui um segundo revisitar do acórdão *Daily Mail* ⁵⁷, numa situação de facto idêntica aquela que se encontrava em *Daily Mail*. Em ambos casos temos uma tributação à saída e com os mesmos países envolvidos. No entanto, o tribunal veio perfilhar um entendimento totalmente inovador que deixa totalmente de parte a decisão *Daily Mail*.

Estava aqui em apreço um caso de Direito Fiscal no qual uma SC, com sede social na Holanda, transferiu a sua sede efetiva para o RU, por isso, em razão dessa transferência, alterou-se também a sua residência fiscal. Para estas situações, a lei holandesa impunha a tributação de um imposto sobre os lucros e mais-valias latentes aquando a transferência de sede, equiparando estas últimas a lucros realizados e, portanto, sujeitos a tributação.

Em regra a tributação das mais-valias ocorre no momento da sua realização, mas a maior parte dos ordenamentos jurídicos consagra a possibilidade de, nos casos de transferência internacional de sede, ocorrer uma tributação “antes do tempo” das mais-valias, estas ainda latentes atinentes aos ativos transferidos.

Temos aqui uma dualidade de interesses: por um lado, os do Estado, que, por perder o seu poder de tributação sobre a SC também perderia receitas fiscais relativas a um período em que a SC era sua residente fiscal, não fosse a consagração deste regime. E, por outro, os das sociedades, perante as quais este regime se afigura como um entrave à sua liberdade de estabelecimento.

O TJ veio a considerar essa imposição incompatível com a liberdade de estabelecimento nos casos de transferência em que a sociedade mantém a sua qualidade jurídica ⁵⁸, o que se traduz na admissão de que os Estados não poderão impor às

⁵⁷ Hansen Jesper (2013:11) “*As Indus went further than Daily Mail, just as Vale went further than Cartesio*”.

⁵⁸ Ver pt. 33 do Ac. National Grid Indus.

sociedades tributação à saída uma vez que esta limita, ou entrava, o exercício do direito de estabelecimento ⁵⁹.

Aqui, o tribunal não se furta ao reconhecimento de que estamos perante um caso de Direito Fiscal, em vez de tentar subtrair-se a tal qualificação, transformando-o num caso de Direito dos Conflitos, como o havia feito em *Daily Mail* ⁶⁰. Resolveu corajosamente o problema da tributação à saída, de uma forma coerente, à luz liberdade de estabelecimento, não tendo-se afastado da resolução do problema através de uma *leitura enviesada das normas reguladoras do estatuto pessoal das sociedades* ⁶¹.

O aspeto curioso deste caso é que o tribunal, na sua argumentação, revê-se, expressamente, no acórdão *Daily Mail* ⁶². Felizmente, no entanto, apercebe-se que esse acórdão foi mal decidido e acaba, e bem, por dar uma solução ao caso, totalmente oposta àquela que deu ao caso *Daily Mail* ⁶³.

Posto isto, incumbe-nos questionar o que sobreviveu do entendimento inicial dado pelo tribunal em *Daily Mail* após as suas decisões em *Cartesio* e, principalmente, em *National Grid Indus*. Podemos afirmar, sem sombra de dúvida que, se em *Cartesio* o tribunal já tinha rompido parcialmente com a teria da questão prévia, com *Grid Indus* dá-se a queda das últimas pregas que seguravam esta posição do Tribunal assumida vinte anos antes. Poderá ainda dizer-se que a coragem que faltou ao tribunal nessa altura para tomar uma decisão extremamente inovadora que teria rompido com os cânones tradicionais ⁶⁴ e que, aliás, poderia ter sido o ímpeto para uma era de grande desenvolvimento das transferências diretas de sede no domínio societário, teve-a sem dúvida agora no processo *Grid Indus*.

⁵⁹ O problema da tributação à saída já havia sido apreciado pelo TJ de forma idêntica, ainda que no âmbito das pessoas singulares, no ac. *Lasteyrie du Saillant* (2004) e no ac. *N* (2006), nos quais o tribunal determinou que a tributação imediata do rendimento, ainda não realizado, das pessoas singulares seria violadora da liberdade de estabelecimento.

⁶⁰ O tribunal baseou a sua argumentação na falta de harmonização das várias legislações nacionais e apontou que a solução passaria precisamente pela harmonização das legislações, rejeitando por isso a aplicação das normas do TUE, ver pt 20 a 23 do Ac. *Daily Mail*.

⁶¹ O autor Rocha Pichel (2013:25) defende e bem que “o *Ac Daily Mail* deverá ser considerado afastado mesmo numa situação em que exista um problema prévio relativo a normas de conflitos”.

⁶² Ver pt 27 do Ac. *National Grid Indus*.

⁶³ Ver pt 31,32 e 33 do Ac. *National Grid Indus*.

⁶⁴ Altura de grande desenvolvimento da teoria da sede real, daí que o TJ se tenha sentido mais seguro com a sua defesa, em detrimento de uma postura mais flexível.

Dai que o acórdão *National Grid Indus* constitui o amadurecimento do entendimento que o TJ já tinha vindo a evidenciar em *Cartesio* e, acima de tudo, um marco fundamental no rompimento de posições adotadas no acórdão *Daily Mail* ⁶⁵. O acórdão *National Grid Indus* reforçou o surgimento de uma nova conceptualização das transferências de sede, em harmonia com a liberdade de estabelecimento ⁶⁶, que viria ainda a conhecer maior desenvolvimento com o posterior acórdão *Vale*, conforme iremos analisar em pormenor seguidamente.

Após esta decisão fica-se com a certeza de qual seria o sentido da decisão se o caso *Daily Mail* tivesse chegado agora às mãos do tribunal, a solução seria totalmente diferente, indo de encontro desta nova linha.⁶⁷

Resta apenas atentar que a decisão *Daily Mail* se encontra maioritariamente ultrapassada ⁶⁸. Resta, um único dictum basilar do acórdão que ainda tem todo o sentido em matéria societária: o dictum onde se reconhece, *em abstrato*, da existência de entraves ao direito de estabelecimento, tanto à entrada como à saída, de sociedades comerciais, nos casos de transferência de sede ⁶⁹.

1.2. Da perspectiva da *Imigração Societária*

1.2.1. Acórdão *Vale* – *O fechar de um ciclo*

Ao afirmar, no acórdão *Vale*, que as operações de transformação de sociedades constituem uma forma de exercício do direito de estabelecimento, o Tribunal vem reafirmar o entendimento do ac. *Cartesio*, concretamente do obiter dictum que conferiu

⁶⁵ Entendemos que este ac. deve ser interpretado no sentido da admissão do diferimento da obrigação de pagamento de imposto também nos casos de transferência de sociedade em que esta queira manter-se vinculada á lei do Estado de origem, ou seja em que haja a possibilidade do Estado matar a sociedade. Por isso constitui um rompimento total com o entendimento *Daily Mail* e um amadurecimento de *Cartesio*.

⁶⁶ Esta solução salvaguarda melhor a liberdade de estabelecimento porque permite um tratamento igualitário dos casos de tributação á saída tanto dos Estados que adotam a teoria da sede real como dos que adotam a teoria da incorporação, evitando-se o fenómeno da discriminação fiscal.

⁶⁷ No mesmo sentido Smit (2012: 19), que também chama a atenção para este ponto.

⁶⁸ Biermeyer Thomas (2012:109) “*the judgment at hand clarifies that Daily Mail has finally been brought to its grave*”.

⁶⁹ Em abstrato, uma vez que exclui as transferências de sede do âmbito do direito de estabelecimento, ver pt. 23 do Ac. *Daily Mail*.

às sociedades a possibilidade de se reincorporarem noutra EM, através de uma operação de transformação societária, e também o igualmente vertido no acórdão *Sevic*, embora este último se restrinja ao domínio das fusões transfronteiriças, ou seja, reincorporações indiretas de sede.

No entanto, o tribunal não se deixou ficar pelo mero reconhecimento desta forma de direito de estabelecimento, que in casu fazia sentido em virtude de a sociedade comercial Vale ter a intenção de transferir a sua sede social para a Hungria sem perda de personalidade jurídica para aí prosseguir a sua atividade, e respondeu às dúvidas deixadas em aberto pela parte final do pt. 112 do ac. *Cartesio*. Ao considerar no pt. 32 e 33 que a sociedade que pretende reincorporar-se noutra EM deve respeitar os requisitos de transformação definidos para as sociedades nacionais desses estados para a mesma operação, e nesta medida o estado de acolhimento terá uma certa margem de manobra para a sua fixação.

Não devendo porém impor condições ou requisitos mais onerosos às sociedades estrangeiras que pretendem transformar-se do que aqueles que estabelece para as suas sociedades nacionais e muito menos recusar à priori as transformações transfronteiriças, como o Direito Húngaro o fazia, sob pena de se violar o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, obrigação que decorre dos art 49º e 54º TFUE. Na mesma medida, como refere o tribunal no ponto 54, também não se impõe que se conceda per si um tratamento mais favorável às transformações transfronteiriças em razão de um princípio de equivalência. Assim as exigências de um balanço e inventários de ativos, uma vez exigidos para as sociedades nacionais, devem também constituir exigência formal para as sociedades que pretendem transferir a sua sede social para a Hungria, sob pena de discriminação inversa.

Daqui se retira que deve haver um tratamento igualitário perante todas as sociedades que desejem transformar-se num Estado - Membro, quer sejam sociedades nacionais ou estrangeiras, devendo a lei nacional atribuir-lhes as mesmas obrigações e direitos, e por isso o tribunal esteve bem ao considerar que a inscrição no registo da menção “Vale Costruzioni” como antecessora jurídica poderia ser utilizada pela Vale, em detrimento de a lei húngara facultar às sociedades nacionais esse direito, não havendo assim razão para que essa pretensão da Vale fosse fundamento para recusa do seu registo

⁷⁰. Certamente que, apesar de o processo ser material e formalmente o mesmo para todos os tipos de transformação, há uma série de diligências e cuidados que o EM deverá ter no caso de uma transformação transfronteiriça: deve averiguar se uma sociedade goza desde logo do direito de estabelecimento, e para isso terá de verificar se a sociedade em questão foi ou não validamente constituída no pretense EM de origem. Enquanto numa transformação “puramente interna” o estado sabe facilmente se a sociedade é juridicamente válida, numa situação transfronteiriça esta situação não é tão clara, devendo o estado ex - ante pedir à sociedade documentos que o comprovem, pois só assim sabe se essa pessoa coletiva goza de personalidade jurídica. Curiosamente, neste caso as autoridades húngaras tinham reticências da importância de tais documentos, tendo vindo o TJ considerar que, mais que uma faculdade, é uma obrigação do Estado de acolhimento a exigência desses documentos por força de um princípio de efetividade, que a nosso ver se revela essencial á luz de uma ideia de uniformidade.

Desta forma, a referência lacónica à possibilidade de o Estado de destino da sociedade não permitir a imigração societária no acórdão *Cartesio* foi concretizada ao longo desde acórdão de um ponto de vista restrito, não conferindo ao Estado nenhum poder discricionário, mas um poder pautado por princípios de igualdade, de não discriminação e de equivalência, só admitindo em última ratio limitações à entrada de sociedades, mormente, nos casos em que haja um panorama factual que justifique limitações à liberdade de estabelecimento por força de razões imperiosas de interesse geral, como sejam a proteção de credores, de sócios minoritários e de trabalhadores. Razões essas que no caso não se verificavam, mas que, com base na jurisprudência *Sevic*, poderiam ser motivos justificadores para a imposição de barreiras à entrada neste contexto.

Neste sentido o Tribunal fez uma referência, ainda que subtil, à necessidade de uma implantação real da sociedade no estado de acolhimento bem como o exercício de uma atividade económica efetiva, que, embora tal não se pudesse determinar neste caso, poderia constituir uma razão de restrição da liberdade de estabelecimento.

⁷⁰ Ainda para mais, como referem Korom e Metzinger (2009:157) “a menção de antecessora Italiana nos documentos da sociedade Húngara serve o único propósito de notificar terceiros (credores e autoridades) da transformação” (tn).

Pelas razões explanadas considero que o acórdão *Vale* veio fechar um ciclo jurisprudencial fundamental em matéria de reincorporação direta societária, ao confirmar o entendimento vertido no acórdão *Cartesio* quanto á reincorporação do *registered office*, e ao aplicá-lo num caso concreto ⁷¹. Como foi o primeiro caso a aplicar tal solução surgiram as dúvidas previsíveis acerca da sua aplicação, que curiosamente serviram para o TJ melhor fundamentar a sua posição, tendo sido obrigado, como vimos, a clarificar o alcance do nº 112 do acórdão *Cartesio*, que deixava dúvidas quanto à liberdade de o estado de destino em determinar condições que a sociedade de outro estado teria que respeitar. Determinando assim, de acordo com o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, condições idênticas para o acesso e aplicação do instituto da transformação societária ou de qualquer outro que possibilite uma reincorporação direta de sede estatutária.

Assim, pode-se dizer que o ciclo iniciado com o acórdão *Daily Mail*, do qual não resultava qualquer possibilidade de reincorporação direta para as sociedades dos EM, sofreu um revés e continuou com o acórdão *Cartesio*, o qual abriu tal possibilidade, e por fim sofreu um aperfeiçoamento final com o acórdão *Vale*, que desta forma o encerra ⁷².

2. Proibição de restrições discriminatórias e de restrições não discriminatórias – medidas nacionais vs normas comunitárias

Na análise da compatibilidade das medidas nacionais com o direito primário da UE, o TJ irá ter em conta vários passos para aferir se uma medida nacional é admissível ou não, o que passa por saber se é restritiva, e se o for, se será violadora do DUE ou, pelo contrário, se poderá ser admitida.

Primeiramente, será tido em conta se a norma nacional se aplica de modo discriminatório, direta ou indiretamente, em razão da nacionalidade. Passando-se este

⁷¹ Para Hansen Jesper (2013:10) “ *The decision in Vale only delivered what Cartesio had promised. The Court, however, went further and offered its guidance on the procedural matters applicable to a cross-border conversion* ”.

⁷² Com Vale abandonou-se inteiramente o entendimento de que a liberdade de estabelecimento seria uma matéria de reconhecimento de Estado para Estado operando como uma regra de conflitos. Adotou-se antes o entendimento que esta opera como uma liberdade “constitucional” resultante do mercado interno que as sociedades beneficiam, liberdade essa intercomuniante com outros valores constitucionais como o princípio da não -discriminação (Barthet Justin,2013:509).

teste, se a medida não for não discriminatória em razão da nacionalidade, iremos para uma segunda fase, na qual se afere se a norma nacional “é suscetível de afetar ou tornar menos atraente o exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado” ⁷³.

Verificando-se que a medida é restritiva, teremos que analisar se a mesma é justificada alternativamente por razões imperativas de interesse público, por razões de autoridade pública ou por razões de ordem, segurança ou saúde pública. Se for justificada terá ainda que respeitar o princípio da proporcionalidade, que se desdobra em adequação (a medida nacional deve prosseguir razões imperiosas por ela visadas, ou seja, tem de existir um nexo entre os fins visados e os meios utilizados); necessidade (deve preferir-se aquela que restringir menos a liberdade de estabelecimento); e proporcionalidade em sentido estrito (o impacto restritivo que uma medida nacional tenha na liberdade de estabelecimento lesada deve ser proporcional aos benefícios que essa medida garante relativamente aos objetivos de interesse geral por ela visados).

2.1. Jurisprudência relevante do TJ em matéria de mobilidade societária

2.1.1. A trilogia *Centros - Überserring - Inspire Art*

O ac. *Centros* constituiu um marco importante relativamente à *imunidade* dos sistemas conflituais face à liberdade de circulação ⁷⁴. Tínhamos um casal dinamarquês que constituiu uma SC em Inglaterra com o objetivo de beneficiar de regras de exigência de capital social mínimo mais brandas daquelas que existiam na Dinamarca, local onde efetivamente pretendia exercer a atividade da sociedade. Decidiram então estabelecer uma sucursal na Dinamarca, no entanto as Autoridades Dinamarquesas rejeitaram o registo, apontaram a inexistência de qualquer atividade económica no estado da sua sede como causa impossibilitadora da aprovação do registo.

De forma inesperada, o TJ assumiu uma postura de defesa dos interesses da SC, afirmando que essa recusa por parte das Autoridades constitui um entrave injustificado á

⁷³ Ver ac. Gebhard.

⁷⁴ Rocha Pichel (2013:23).

liberdade de estabelecimento secundário ⁷⁵. A escolha da constituição da sucursal num Estado não poderá á partida constituir um uso abusivo do direito de estabelecimento, quer seja para gozar de regime mais favorável ou não ⁷⁶ – exceto se visar prejudicar os credores, trabalhadores ou sócios minoritários, cabendo ao Estado tomar medidas que previnam esse tipo de situações ⁷⁷ – e independentemente da não verificação de qualquer atividade económica no estado onde se constituiu.

Este acórdão introduziu assim um *mercado de leis* nos casos de *imigração societária*, ao permitir no fundo a existência de um regime de livre escolha de leis societárias, a sociedade escolhe a lei regulatória que melhor satisfaça os seus objetivos, ficando excluída a necessidade da verificação de algo tido como tão essencial numa sociedade, como a sua substância económica para a incorporação num Estado.

Em *Überseering*, estava em discussão o reconhecimento da capacidade jurídica e judiciária da sociedade holandesa *Überseering* na Alemanha, pois havia transferido a sua sede efetiva para a Alemanha. Surge aqui um problema, porque, na lei holandesa defende-se a teoria da incorporação, logo á luz do direito holandês a sociedade mantinha a sua personalidade jurídica mesmo após a transferência da sede real, por oposição, o direito alemão, seguidor da teoria da sede real, não reconhece a personalidade jurídica a SC adstritas a leis societárias que não a alemã.

Esta falta de reconhecimento constitui uma restrição ao DE da sociedade holandesa, conforme afirmou o TJ, este direito “*pressupõe necessariamente o reconhecimento das referidas sociedades por qualquer Estado-Membro no qual as mesmas pretendam estabelecer-se*” ⁷⁸. Este é o primeiro caso de entraves á entrada de uma sociedade no âmbito do estabelecimento primário. Talvez por ser novidade, os tribunais alemães tenham feito a confusão de invocar, ainda que infrutiferamente, a jurisprudência *Daily Mail* ⁷⁹ para sustentar a sua posição, afirmando a inexistência da SC para além das fronteiras do Estado da lei que regula o seu estatuto pessoal, para sujeitar a sociedade á lei societária alemã, ignorando a diferença factual de ambas as situações.

⁷⁵ Centros, pt. 21.

⁷⁶ Centros, pt. 27.

⁷⁷ Deák Daniel (2009:497) afirma que “*o combate a evasão fiscal pode constituir uma razão legítima para um Estado restringir o direito de estabelecimento de uma sociedade*” (tn).

⁷⁸ *Überseering*, pt. 59.

⁷⁹ Não se entende a referência do Tribunal ao caso *Daily Mail* visto que estava em juízo a admissibilidade de imigração de uma SC e não restrições no caso de emigração societária.

Extrai-se daqui que qualquer EM de destino terá forçosamente que reconhecer a manutenção da personalidade jurídica e consequente capacidade judiciária das sociedades constituídas noutros EM. Não sendo justificável invocar a proteção dos credores, sócios minoritários ou dos trabalhadores para comprimir o DE, sob pena de se violar o direito primário da UE ⁸⁰.

Tal solução é de extrema importância, no âmbito do direito de estabelecimento primário, é a afirmação de que as legislações nacionais terão de ter em consideração a liberdade de estabelecimento para aferir da existência ou não de uma SC. Os Estados não terão um “direito de vida ou de morte” sobre SC estrangeiras que para lá pretendam transferir a sua sede real. Independentemente de o estado defender a teoria da incorporação ou da sede terá sempre que reconhecer a personalidade jurídica da SC, não podendo impor a sua constituição *ex novo*.

Inspire Art é um processo é bastante similar ao *Centros*. Está em causa a SC *Inspire Art* constituída e com sede no RU, e cuja atividade era exclusivamente desenvolvida na Holanda. Porém contrariamente ao que se passa em *Centros*, ao invés da lei Dinamarquesa, a lei neerlandesa consagrava um regime legal para estes casos, que implicava a obrigatoriedade de constar no registo da SC a menção de “sociedade formalmente estrangeira” e várias outras obrigações imperativas relativas á realização do capital social mínimo e à responsabilidade dos administradores.

O litígio residia no diferendo entre a *Inspire Art* e as autoridades neerlandesas. No registo da *Inspire Art* não constava a referida expressão e por isso as autoridades diziam que estava em falta essa menção para o registo ficar completo, contrapondo a posição da sociedade, que dizia que este já se encontrava completo.

O tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a imposição de tais medidas às sociedades formalmente estrangeiras, o qual concluiu que estas restringiam o direito de estabelecimento, e por isso, apesar de constituírem disposições imperativas, não seriam aplicáveis á SC, nem passíveis de serem justificadas por razões imperiosas de interesse geral ⁸¹. Reiterou ainda o entendimento dado em *Centros* de que uma sociedade não precisa de ter nenhum grau de atividade no estado da constituição.

⁸⁰ *Überseering*, pt. 93.

⁸¹ *Inspire Art*, pt. 142.

Na trilogia de casos, *Centros – Überseering – Inspire Art*, há um denominador comum: temos sociedades que desenvolvem toda ou quase toda atividade económica num Estado diferente do seu Estado de constituição. As principais conclusões que se podem retirar destes acórdãos são, por um lado, que as sociedades poderão escolher incorporar-se no Estado que oferece a *lex societatis* que melhor satisfaça os seus interesses, sendo que, para serem validamente constituídas nesse Estado, não será necessário desenvolverem lá qualquer atividade económica. Por outro lado, o Estado de destino, onde essas sociedades irão desenvolver a atividade económica, terá sempre, de acordo com o princípio do reconhecimento mútuo, que reconhecer as sociedades como validamente constituídas noutro EM e sujeitas ao direito societário desse Estado, permitindo que desenvolvam no Estado de destino a sua atividade, mesmo que se defenda aí a teoria da sede real. Quer isto dizer que praticamente deixa de haver entraves tanto para a constituição de um Sociedade num EM, como para a deslocalização da sede real da sociedade de um EM para outro. Satisfaz-se em pleno o princípio da autonomia da vontade, pois as sociedades e seus sócios podem beneficiar da lei societária do Estado que melhor lhes aprouver e ao mesmo tempo desenvolver a atividade económica da sociedade no Estado que bem entenderem.

3. Princípio Geral de Proibição do Abuso no Domínio Societário

No domínio societário este princípio ⁸² desenvolveu-se com base em casos de direito de estabelecimento secundário na perspetiva de imigração societária. As sociedades estabelecem a sede num EM, mas localizam total ou parcialmente a sua atividade económica noutro EM através de uma filial ou sucursal.

Desta forma reúnem o melhor de dois mundos, desenvolvem a atividade onde bem entendem e regem-se pela lei societária que desejam – esta lei será á partida mais favorável, por exemplo, em termos de realização de capital social mínimo na constituição e durante a atividade da sociedade – o que lhes permite uma vantagem competitiva em relação às sociedades desse Estado, que se regem pela lei societária desse estado e que aí

⁸² Os elementos fundamentais deste princípio traduzem-se essencialmente no elemento objetivo – obtenção de uma vantagem – e no elemento subjetivo – a intenção de obtenção de uma vantagem.

desenvolvem a sua atividade. Isto dá origem a discriminação inversa e porventura ao aparecimento de “sociedades caixas de correio”, que são claramente práticas abusivas.

3.1. Acórdão Centros e Inspire Art – a introdução do conceito de abuso

O ac. *Centros* foi uma das decisões revolucionárias de mobilidade societária europeia, ainda que no âmbito do estabelecimento secundário, pois abriu a porta à admissibilidade de uma arbitragem regulatória *abusiva*, tendo na sua linha surgido os ac. *Überseering* e *Inspire Art*.

Tal deveu-se ao entendimento perfilhado de que seria possível a uma SC validamente constituída num EM o desenrolar de toda ou quase toda a atividade económica numa sucursal sua que se localize noutro Estado, mesmo que isso leve a que não seja levada a cabo nenhuma atividade económica no Estado de incorporação⁸³. Este entendimento vai de encontro aos desígnios da teoria da incorporação e da sede real mitigada, subentende-se dele a possibilidade de as sociedades transferirem a sua atividade para outro Estado mantendo-se sujeitas à lei do estado pela qual se regem, desta forma evitam uma eventual legislação mais desfavorável do país de destino. Mais ainda, impõe que este último não coloque entraves ao estabelecimento da sociedade, o que equivale a romper totalmente com as limitações nos casos de entrada.

No seu seguimento, no ac. *Inspire Art*, a interpretação de entraves foi de tal modo ampla que considerou-se mesmo normas imperativas de direito societário como restrições injustificáveis, o que limita ainda mais, ou impossibilita mesmo, os casos em que o tribunal consideraria haver restrições que fossem passíveis de serem justificáveis.

O elemento central da discussão é a centralização da atividade da sociedade na sucursal, o que leva à transformação da sede social num *expediente puramente artificial* desprovido de qualquer atividade económica.

⁸³ Seguiu o entendimento dado no ac. *Segers* “no que respeita às dúvidas colocadas pelo tribunal nacional quanto ao alcance do facto de a sociedade de direito inglês não exercer manifestamente atividades comerciais no Reino Unido, há que lembrar que o art 58 exige somente para aplicação das disposições relativas ao direito de estabelecimento que as sociedades tenham sido constituídas de acordo com a legislação de um Estado-Membro e tenham a sede estatutária....ou estabelecimento principal no interior da Comunidade. Desde que estas condições sejam satisfeitas, o facto de a sociedade exercer as suas atividades por meio de uma sucursal ou filial apenas num outro Estado-Membro não tem relevância”.

Muitos autores entendem que essa falta de atividade no estado de constituição é reveladora de uma vontade de defraudar a lei societária desse Estado, mas nesta linha de jurisprudência surge antes como uma das hipóteses que o próprio direito de estabelecimento oferece. Esta antítese assenta na existência ou não da vontade de defraudar a lei, este elemento subjetivo não é agora associado ao prejuízo dos *stakeholders*. O tribunal em Inspire Art vai mesmo mais longe, admitindo a hipótese “de a Inspire Art ter sido constituída no Reino Unido com o fim de iludir a legislação neerlandesa”⁸⁴.

Curiosamente o Tribunal apela sempre a que os EM sancionem as fraudes à lei e incentiva os EM a tomarem medidas preventivas e condenatórias de forma a minimizar o risco de fraude, o que equivale a reconhecer um princípio geral de proibição de abuso. Verifica-se um contrassenso: por um lado enuncia-se este princípio como princípio geral de DUE e por outro retira-se o alcance prático que poderia ter ao legitimar situações claramente abusadoras e criadoras de discriminações inversas. Não se coaduna com a prossecução do mercado interno a inexistência de arbitragem regulatória nem o seu total desfasamento com as liberdades fundamentais e interesses dos terceiros, devendo antes apontar-se para uma solução de meio-termo, que se complete com a abordagem seguida nos casos de saída.

3.2. Acórdão Cadbury Schweppes – redefinição do conceito de abuso

O ac. *Cadbury Schweppes*, redefiniu o entendimento de abuso nos moldes que vinha sendo defendido, optando-se agora pela defesa do conceito de abuso em sentido mais amplo, até então havia o risco de a situação mais artificial e fraudulenta ser considerada abrangida pelo direito de estabelecimento e correspondentemente medidas nacionais perfeitamente proporcionais e justificadas serem consideradas violadoras.

Neste acórdão estava em causa a discussão sobre a admissibilidade de a sociedade Cadbury Schweppes ter constituído duas filiais na Irlanda com o intuito de beneficiar de um regime fiscal mais favorável, com um nível de tributação inferior, ao verificado em Inglaterra. E também sobre se o mecanismo legal previsto na lei inglesa de imputação dos lucros das filiais nos lucros da sociedade-mãe a que foi sujeita constituiria, ou não, uma

⁸⁴ Inspire Art, pt. 98.

restrição ao DE, uma vez que tal mecanismo anularia a vantagem fiscal proporcionada pela constituição das filiais.

O tribunal seguiu o entendimento subscrito nos acórdãos antecedentes, na parte em que a intenção de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não é bastante para se considerar que possa haver abuso por si só, terão de se verificar da mesma forma elementos objetivos ⁸⁵⁸⁶.

Neste seguimento, assinalou que na filial terá de haver “*a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo nesse Estado por um período indefinido*” ⁸⁷⁸⁸. Desta forma invalida-se a constituição de expedientes puramente artificiais, sociedades desprovidas de qualquer realidade económica, pelo que se amplifica o leque de situações que poderão constituir abuso e igualmente o número de medidas nacionais restritivas que visem combater a proliferação destes expedientes ⁸⁹.

Para se aferir da existência de atividade, teremos de ter em atenção se existe uma estrutura e adequação económica àquilo que se diz, e que se verifica através de certos elementos objetivos, estes materializam-se em termos gerais na exigência de haver uma estrutura montada pela SC. A sua existência pode-se aferir com base em diversos indicadores, como a existência de instalações físicas, contratação de trabalhadores, existência de despesas de luz, telecomunicações entre outras ⁹⁰.

Pode-se retirar daqui a consagração plena do princípio geral de proibição do abuso enquanto princípio de direito da UE, no qual o abuso e os expedientes puramente artificiais surgem funcionalmente ligados. Esta redefinição do conceito de abuso concedeu sentido ao próprio princípio geral de abuso, o qual tinha sido proclamado de forma muito incipiente no domínio societário pelo ac. *Centros*.

⁸⁵ Cadbury Schweppes, pt.37.

⁸⁶ Não constitui abuso per si, tirar partido das diferenças existentes entre os diversos Estados Membros no que respeita a sistemas fiscais mais apelativos, bem como a legislação mais favorável (Hansen Jesper,2013:12).

⁸⁷ Cadbury Schweppes, pt. 54.

⁸⁸ Esta ideia já era defendida no “*General Programme*” em 1961, “*must be honored so that a real link of a company registered for any reason in one of the member states must exist with a member state*” (Deák Daniel,2009:498).

⁸⁹ Nesta formulação já nos parece que o interesse de prevenir uma eventual redução do fluxo de receitas de imposto, não poderá constituir um interesse digno de justificação para a adoção de uma medida restritiva (Hansen Jesper,2013:12).

⁹⁰ Cadbury Schweppes, pt. 67.

Nota-se uma dualidade de tratamentos nas situações de direito fiscal e de direito societário, o conceito de abuso é mais refinado e há uma atitude de maior precaução nos casos de direito fiscal do que nos casos de direito societário.

De referir apenas que o ac. *Vale* fez uma remissão expressa para a imperatividade da exigência da atividade económica efetiva ⁹¹ nos termos delineados por este acórdão. Pôr-se-á assim a dúvida se poderá considerar-se transposta para a arbitragem regulatória no domínio societário a exigência da verificação de atividade económica que se verifica no domínio fiscal. Parece-nos que sim, caso contrário estar-se-á a promover o surgimento de sociedades fantasma no espaço comunitário o que é contrário aos princípios de Direito Europeu ⁹².

4. Conclusão Preliminar

Parece resultar dos vários acórdãos analisados igualmente várias conclusões: (i) uma ampla liberdade das SC em transferirem a sua sede para outro EM – ac. *Cartesio e National Grid Indus*; (ii) salvo nos casos em que as SC queiram manter-se vinculados á lei do Estado de origem, nesse caso os Estados conservam o poder de impedir a exportação do seu regime regulador societário – ac. *Daily Mail e Cartesio*; (iii) por outro lado, uma ampla liberdade em se reincorporarem noutros Estados, concretizada na obrigação de reconhecimento das SC por esses Estados de destino – ac. *Centros – Überseering - Inspire Art e Vale*; (iv) tanto os Estados de origem como de destino, apenas poderão adotar medidas restritivas ou entraves desde que estes sejam devidamente justificados; (v) todas as operações transfronteiriças de mudança de sede estarão sujeitas ao escrutínio do instituto Abuso, pelo que não se poderão constituir *expedientes puramente artificiais* – ac. *Centros – Inspire Art e Cadbury Schweppes*.

Este é o cenário atual que se põe no âmbito das transferências de sede, que curiosamente conheceu todos os seus desenvolvimentos com base na jurisprudência do TJ. Colocar-se-á a questão de se um mecanismo de harmonização, como a possível 14ª Diretiva, não seria útil para aperfeiçoar este quadro e uma forma de ampliar ainda mais

⁹¹ Vale, pt.34.

⁹² Ver Frada de Sousa (2009:32), o autor já previa que o futuro passaria pela defesa do teste de práticas abusivas do ac. Cadbury Schweppes mesmo nos casos de direito societário, em detrimento da perspetiva do ac. Centros.

esta liberdade, bem como ser um meio de diminuir eventuais efeitos negativos dali decorrentes.

CAPÍTULO III – 14ª DIRETIVA – A REGULAÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS DIRETAS DE SEDE

1. Um projeto falido? – *recentes desenvolvimentos, Action Plan 2012*

A discussão em torno da Diretiva das Reincorporações Diretas de sede tem estado na agenda política europeia e vem sendo debatida ao longo dos últimos dezoito anos, embora sem ter ainda tido sucesso.

Recentemente, surgiu o *Action Plan 2012*⁹³, e a questão das transferências de sede foi ressuscitada na agenda política europeia pela Comissão, no qual esta teve principalmente três grandes propósitos: aumentar a transparência das empresas, de dentro para fora, devem fornecer mais informação aos acionistas, e de fora para dentro, os acionistas e investidores devem ser mais transparentes nas suas políticas de voto; aumentar a participação dos acionistas na governação das sociedades para a obtenção de um verdadeiro compromisso; e, por último, a simplificação das operações transfronteiriças de empresas, em especial das PME's, entre as quais se incluem as transferências de sede social.

Quanto a este último ponto a Comissão reconhece que se trata de uma questão importante, a qual é objeto de grande interesse pelos EM, que não têm outra solução, senão valer-se da Diretiva das Fusões ou do estatuto da SE para operarem à transferência de sede social. Mas pouco mais vai além do que a assunção do compromisso em realizar

⁹³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Plano de Ação: Direito das sociedades europeu e governo das sociedades – um quadro jurídico moderno com vista a uma maior participação dos acionistas e a sustentabilidade das empresas”.

consultas públicas específicas para avaliar a pertinência de uma intervenção legislativa neste campo.

Uma vez mais a Comissão adia um problema cuja necessidade de resolução se manifesta há demasiado tempo. Os cuidados manifestados pela Comissão de “*que uma qualquer futura iniciativa se deva apoiar em dados económicos sólidos e numa avaliação criteriosa da sua necessidade prática e efetiva*”, revelam-se excessivos perante uma realidade tão flagrante.

Em razão disso surge a consulta pública de 2013 ⁹⁴, direcionada para os *stakeholders* e para as suas necessidades, á qual houve pouca adesão e que ficou marcada pela falta de consenso dos intervenientes participantes ⁹⁵.

2. Objetivos e Finalidades – utilidade prática

Só faz sentido falar da adoção de uma Diretiva no domínio das transferências de sede se e na medida em que esta traga vantagens concretas para os Estados, para as sociedades e, acima de tudo, para a defesa da liberdade de circulação das sociedades na UE ⁹⁶.

Atualmente já existem mecanismos legais que permitem a transferência de sede das sociedades. As empresas que querem transferir a sede, fazem-no, em regra, à luz da Diretiva das Fusões Transfronteiriças. É certo que o têm que fazer “*in two steps*”: constituir no Estado de destino pretendido uma filial, para depois se fundirem por

⁹⁴ Em 14 de Janeiro de 2013 a Direção Geral para o Mercado Interno e Serviços da Comissão Europeia lançou uma consulta pública sobre as transferências de sede social, com data de fim de 17 de Abril de 2013.

⁹⁵ Da análise da consulta pode retirar-se que não houve respostas unânimes, antes pelo contrário, bastante divergência dos intervenientes, por exemplo: a questão 3 da parte V, sobre a resolução dos problemas dos trabalhadores se passa pela aplicação das regras da SE ou das fusões comunitárias, houve grande disparidade na votação distribuindo-se por uns 40% e 20% respetivamente.

⁹⁶ Não excluimos a aplicação da Diretiva á hipótese elencada no ac. *Viking Line*, de eficácia horizontal do DE, quando o direito de estabelecimento é restringido por um particular em relação a outro. Por exemplo, no caso de um contrato de financiamento, entre um Banco e uma SC, que preveja uma cláusula de resolução do contrato no caso de a sociedade transferir a sua sede social para outro EM. Será que é admissível uma cláusula desta natureza ou se pelo contrário se revela manifestamente incompatível com a liberdade de estabelecimento. Parece-nos igualmente que para uma restrição ser admissível terá que passar pelo crivo da fórmula Gebhard, no entanto colocar-se-á a dúvida sobre os interesses que poderão constituir uma justificação, já que os particulares estão numa posição diferente dos Estados. A solução para estes problemas poderá passar pela desproteção dos *credores fortes* em detrimento da proteção dos *credores fracos*.

absorção, com essa filial. Este tipo de processo não é tão simples e tem mais custos do que uma transferência direta. Porém, consegue-se obter presentemente, através de uma fusão transfronteiriça, o mesmo resultado prático de uma forma relativamente pouco onerosa.

Desta forma, em grande parte, a pertinência de uma Diretiva seria dar resposta, através da consagração de soluções legais, às *falhas de mercado*, nomeadamente, aos problemas de proteção dos *stakeholders*, (terceiros) que, por estarem numa posição de fragilidade, podem ver os seus direitos afetados com a transferência. Isto porque, atualmente, apesar de caber aos Estados em primeira linha adotarem medidas de proteção de terceiros, acontece que, grande parte dos Estados, ainda não regulamentaram devidamente as operações de reincorporação direta das suas sociedades, de modo que permita tutelar devidamente os interesses de terceiros afetados por essa emigração. É fundamental assegurar a certeza e segurança jurídica tanto para as sociedades que pretendem reincorporar-se noutra EM, como para os terceiros afetados pela transferência.

Na falta de regulação, poder-se-á admitir a aplicação analógica das normas da DFT ⁹⁷. No entanto, entendemos, quanto a este ponto, que a sua regulação peca por escassa, e acaba por deixar na esfera dos Estados a regulação das medidas de proteção. Como se tratam de duas realidades materialmente diferentes, será, na nossa opinião, preferencial, dar um tratamento autónomo e acima de tudo dar um aprofundamento mais detalhado, através da tão ansiada 14ª Diretiva.

Também mesmo nas jurisdições que permitem as transferências diretas de sede se nota a frágil ou total falta de regulação deste ponto, como é exemplo a ordem jurídica portuguesa que, no seu art 3º do CSC, permite as transferências, mas quase não confere proteção aos terceiros interessados.

Igualmente, seria útil a adoção de uma Diretiva, uma vez que os EM consagram um tratamento diferenciado consoante se trate de casos de emigração ou imigração societária, através de transferências diretas de sede. O que gera um *non-level playing field*, uma ausência de condições de igualdade de concorrência entre ordenamentos societários dos diversos Estados.

⁹⁷ No sentido da defesa desta solução temos o autor Frada de Sousa (2012:768) e Lima Pinheiro (2015:219).

Por fim, a nível fiscal, também poderia dar um importante contributo, no caso da tributação das sociedades á saída. Existem ainda, vários EM que consagram uma tributação imediata das mais-valias latentes nos casos de emigração societária, com mudança de sede real.

3. Proposta de Regulação – a diretiva das fusões, a sociedade europeia e a sociedade privada europeia como ponto de partida

A 14ª Diretiva já teve vários *drafts* e propostas embora não tenham passado além disso mesmo. Trata-se, em qualquer caso, de importantes instrumentos para aferirmos qual o sentido que a Comissão pretende dar à regulação da matéria das transferências de sede, principalmente à luz da última recomendação do Parlamento Europeu em 2012 ⁹⁸ e do Action Plan 2012.

Desde logo, podemos concluir que a Comissão tem em vista duas situações: a transferência de sede social/estatutária acompanhada da transferência da sede real; e a transferência isolada da sede social/estatutária. Em ambas as situações manter-se-á inalterada a personalidade jurídica da sociedade, e, com isso, também as suas relações jurídicas.

Igualmente os regimes consagrados no Regulamento da SE, na Diretiva das Fusões e no Estatuto da Sociedade Privada Europeia, constituem uma base importante, pois todos estes instrumentos já permitem a transferência de sede estatutária simultaneamente com a sede real, e, no caso do ESPE, vai-se mesmo mais longe, admitindo-se já a possibilidade de transferência isolada de sede social.

Todos estes instrumentos são um bom ponto de partida para deslindar possíveis ideias a aplicar à nossa proposta de Diretiva, visto que tratam de vários problemas que, de forma semelhante, se colocam no nosso tema, como a questão da proteção dos *stakeholders*.

⁹⁸ Resolução de 2 de Fevereiro de 2012 do Parlamento Europeu com recomendações à Comissão sobre uma 14ª diretiva das transferências de sede (2011/2046 (INI)) (Regner Report).

3.1. Stakeholders

3.1.1. Credores – *credores fortes e credores fracos*

Os interesses dos credores merecem especial atenção, uma vez que podem ser extremamente afetados com a transferência da sede, dado que a deslocalização pode ser um meio de a SC dispersar os ativos ou o património da SC.

Como ponto de partida, temos o art 4º nº 2 da DFT que estabelece a aplicação da legislação nacional às sociedades que participem da fusão, o que engloba as medidas nacionais de proteção de credores. Um exemplo disso é o ordenamento jurídico português, que no art 117º B do CSC determina a aplicação subsidiária das normas relativas às fusões internas às sociedades nos casos de fusões transfronteiriças.

Tendo em conta esta remissão legal, pôr-se-á em discussão se essas medidas nacionais de proteção dos credores serão compatíveis com o direito de estabelecimento. Parece-nos de antemão que terão sempre que respeitar o DUE revelando-se proporcionais e adequadas.

Na verdade, se pensarmos numa medida de oposição judicial à fusão, como a estabelecida no art 101º A CSC, num direito de veto à fusão por parte dos credores, dificilmente vislumbramos a sua compatibilidade com o direito primário da UE. Apesar de visarem a proteção dos direitos dos credores, não se revelam em nosso entender como proporcionais, constituindo uma restrição injustificada à saída de sociedades. Diferentemente, um direito de liquidação antecipado do crédito ou uma obrigação de prestação de garantias aos credores já nos parecem medidas razoáveis e proporcionais para assegurar essa proteção.

De referir que estas medidas de proteção beneficiam essencialmente os credores fracos. Há como que uma extensão, aos credores fracos, da tutela de que já gozam os credores fortes ⁹⁹. Estes últimos, como sabemos, face à sua posição, por exemplo, os Bancos, gozam, por natureza, de uma proteção mais alargada que os primeiros nos casos de reincorporação da sociedade, pois podem negociar garantias ou compensações com a

⁹⁹ Neste sentido Frada de Sousa (2012:765).

SC que lhe garantam o pagamento dos seus créditos, pelo que já estarão protegidos com meios de salvaguarda.

Ora, estas medidas de proteção vêm precisamente permitir aos credores fracos usufruírem de uma proteção idêntica à dos credores fortes, que, de outra forma não teriam possibilidade de dela gozar, uma vez que estes credores não podem negociar garantias com a devedora, a sociedade, em antecipação a uma eventual transferência de sede.

A solução da Diretiva de remeter nas fusões internacionais para a aplicação do direito interno de cada EM, não é inteiramente feliz pois os EM, em regra não consagram um quadro legal adequado a esse tipo de fusões, como sucede com o caso português que aplica as normas legais das fusões internas às fusões intracomunitárias. Pelo que haverá particularidades que ocorrem numa fusão transfronteiriça que não ocorrem numa mera fusão interna, desde logo a mudança de lei aplicável. Trata-se de realidades formal e materialmente diferentes, e, por isso, neste caso os interesses dos credores põem-se de formas e intensidades também diferentes.

Por estas razões defendemos que a 14ª Diretiva não preveja uma solução desta natureza, que deixa totalmente nas mãos dos EM a tutela dos interesses dos terceiros, mas que preveja antes, regras de harmonização procedimental das transferências de sede e acima de tudo de harmonização do direito substantivo. Concretamente, em relação aos credores, que preveja medidas de proteção iguais ou parecidas com as acima analisadas.

É imensa a urgência dessa harmonização, pois mesmo que os Estados prevejam regimes conflituais de leis promotores da mobilidade societária, em regra pecam pela falta de consagração de regras materiais de proteção referente às transferências diretas de sede. Mais uma vez salientamos, como exemplo, o regime português que consagra no seu art 3º do CSC um regime de Direito Internacional Privado relativo à transferência internacional de sede de Portugal para o estrangeiro até bastante promotor da mobilidade. Permite às sociedades portuguesas reincorporarem-se noutra Estado com manutenção da personalidade jurídica, mudando de tipo societário e de lei societária, mas que peca num ponto fundamental: não consagra um regime de DIP material que assegure uma mais completa e eficiente proteção de terceiros. Prova disso é que, em relação aos credores, apenas poderá subtrair-se um direito de oposição, decorrente do nº 5 do art 3º CSC sujeitar a deliberação da transferência ao regime de alteração do contrato societário. Esse direito apenas existirá no caso de a transferência de sede implicar uma redução do capital social

de acordo com o art 96º CSC; caso o capital social se mantenha ou aumente não existirá esse direito, nem nenhum outro meio que tutele a posição dos credores.

Deste modo, na falta de regulação das operações de reincorporação direta por parte dos Estados, e enquanto a 14ª Diretiva nos moldes por nós propostos não for adotada, não excluimos, se o Estado consagrar um regime material de fusões, internas ou internacionais, a sua aplicação analógica às transferências diretas de sede. Encaramos esta solução como o menor de dois males, entre o panorama de total omissão legislativa de regimes materiais de transferência direta de sede, ou uma tutela, ainda que porventura mínima e pouco adequada, dos interesses dos terceiros afetados pela transferência.

3.1.2. Sócios – a defesa dos interesses dos sócios, a tutela dos sócios minoritários

O papel dos sócios é essencial na vida de uma sociedade, estes têm uma posição jurídica complexa em face da sociedade, daí que não seja estranho que, para uma sociedade poder transferir a sua sede social, seja necessário a aprovação dos seus sócios, pois são estes a expressão da vontade da sociedade. Tomemos o exemplo da lei nacional húngara, no ac. *Cartesio*, que estatui entre várias coisas, a necessidade de aprovação pelos seus sócios da decisão de transformação da sociedade, o que é comum em qualquer processo de reincorporação societária.

Mais uma vez como salientamos o art 4º nº 2 da DFT, que estipula, como vimos, a possibilidade de aplicação de legislação nacional, para salvaguardar os interesses dos sócios da sociedade, e em especial proteger os sócios minoritários que se tenham pronunciado contra a fusão, em detrimento da fraca posição que detêm dentro da SC.

Pegando no regime português, encontra-se uma disposição, o art 105º CSC, que tutela os interesses do sócio minoritário, consagra o direito de exoneração do sócio minoritário em caso de fusão; no entanto tal disposição não se aplica, pois existem normas, o art 3º nº 5 CSC e o art 240º CSC nº 1 al a) e nº4, que tutelam o mesmo direito no caso específico de transferência direta de sede.

Este direito traduz-se essencialmente na obrigatoriedade de compra das ações do sócio por parte dos sócios majoritários, caso o sócio deseje abandonar a sociedade por

força da transferência de sede. Da leitura articulada das disposições acima referidas resulta que os sócios discordantes e abstencionistas que pretendam exonerar-se têm o prazo de 60 dias, após a deliberação de transferência, para comunicar a sua intenção á sociedade. Por sua vez a sociedade terá um prazo de trinta dias após a receção da declaração de intenção do sócio, para adquirir ou fazer adquirir por sócio ou terceiro, a participação desse sócio, sob pena de o sócio poder requerer a liquidação da sociedade.

Entendemos que uma medida com esta formulação deveria ser incluída na 14ª Diretiva, pois tutela de forma adequada e proporcional os interesses dos sócios minoritários de acordo com o direito primário da UE. A vontade dos sócios minoritários é desta forma respeitada; caso a deliberação de transferência não corresponda aos seus ímpetos, estes poderão sem obstáculos maiores exonerar-se da sociedade.

3.1.3. Trabalhadores – *participação laboral*

Relativamente a este ponto tanto a DFT, no seu art 16º, e o RSE, no seu art 1º, remetem em grande parte a regulação desta matéria para a Diretiva 2001/86/CE. Esta regulamentação destina-se essencialmente a salvaguardar os regimes de codeterminação nacionais previstos em alguns EM, que com a mudança de lei societária poderiam ficar afetados, caso o Estado de destino não estipulasse esse tipo de participação dos trabalhadores na gestão da sociedade ¹⁰⁰.

A grande dúvida que se coloca antes de mais, é a de saber qual a lei que deve tutelar os interesses dos credores. Quanto a este ponto vamos antes ter por referência o art 38º ESPE que regula o regime de participação dos trabalhadores em caso de transferência de sede de uma SPE.

A regra é de que a sociedade, a partir da data do seu registo, ficará sujeita às regras do EM de destino, caso existam, no que respeita ao regime de participação dos trabalhadores (art 7º RSE, art 16º DFT e art 38 nº 1 ESPE).

Caso os trabalhadores da sociedade no Estado de origem representem pelo menos um terço do número total de trabalhadores, tal regra não se deverá aplicar em duas

¹⁰⁰ Frada de Sousa (2012:763).

situações: se não se previr o mesmo nível de participação dos trabalhadores ¹⁰¹ comparativamente com aqueles que os trabalhadores da sociedade gozavam antes da transferência no Estado de origem; ou, se ao abrigo da nova legislação, os trabalhadores dos estabelecimentos da sociedade situados noutros EM não possam exercer direitos de participação iguais aos que beneficiavam antes da transferência.

De referir que nada impede que estes direitos não possam ser reforçados quando a lei do EM de destino tenha uma lei mais protetora.

Além da regulação dos direitos de participação, é possível e recomendável que se adote outras medidas de proteção dos direitos dos trabalhadores. Quanto a isto, mais uma vez, podemos ter por referência o art 4º nº 2 DFT, que determina a aplicação às sociedades das medidas nacionais destinadas á proteção de trabalhadores.

¹⁰¹ O nível de participação é medido em relação à proporção de representantes dos trabalhadores que fazem obrigatoriamente parte do órgão de administração ou de fiscalização ou dos seus comités, ou órgãos de direção responsável pelos centros de lucros da sociedade, sempre que exista uma representação de trabalhadores (art 16º nº 2 al a) DFT e art 38º nº 3 al a) ESPE).

CONCLUSÃO

Apesar de o direito primário da União estabelecer a liberdade de circulação em iguais moldes tanto para pessoas singulares como para as pessoas coletivas (art. 49.º TFUE), a verdade é que na prática a consagração da liberdade de estabelecimento das segundas, in casu sociedades comerciais, revela-se um pouco mais complicada de efetivar.

Em grande parte porque de um lado existem os interesses Estaduais e do outro os interesses das sociedades, e no meio os interesses dos *stakeholders*, ou seja, temos uma multiplicidade de interesses para harmonizar.

Dependendo do tipo de regime de direito internacional privado societário que cada Estado livre e individualmente adote, variará a amplitude da mobilidade societária, conforme consagre a teoria da sede real ou a teoria da incorporação, e como vimos essa amplitude será mais alargada no caso da segunda do que no da primeira. Com efeito esta dualidade de critérios dá azo à existente diversidade de regimes de DIP societário no seio da UE, a qual como vimos, é contraproducente para a concorrência e arbitragem regulamentar.

Nesta sequência, não obstante o TJ continuar a defender a aplicação da teoria da sede real, pensamos que esta está condenada à morte, pelo menos no seu entendimento mais “puro” em que vem sendo defendida. A necessidade de mobilidade societária cada vez mais vai ser um imperativo ao qual os Estados não podem fugir, prova disso, é a decisão *Cartesio* que veio permitir a transferência de sede social de uma sociedade.

Consequentemente, como forma de salvaguardar todos os interesses em jogo, manifestamo-nos a favor da necessidade da consagração da 14ª Diretiva, que estabeleça uma solução de DIP, de carácter conflitual, e ainda uma harmonização de direito substantivo. Tal constitui para nós a solução ideal, pois por um lado, impõe a obrigação de todos os Estados permitirem a transferência de sede, independentemente da teoria que defendam. E por outro, salvaguarda os interesses dos *stakeholders*, que veriam os seus interesses tutelados através da imposição, aos EM, de medidas de proteção de terceiros.

BIBLIOGRAFIA

- Armour John e Ringe W.-G. (2011).European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis.Common Market Law Review (48), pp. 125-174. Kluwer Law International.
- Barthet,J.B. (2013).Free at last? Choice of Corporate Law in The EU Following The Judgment in Vale.International & Comparative Law Quarterly, Vol 62 (pp.503-512).
- Beuerle,C.G. e Schillig, M. (2010). The Mysteries of Freedom of Establishment After Cartesio.International & Comparative Law Quarterly, vol 59 , Nº 2. Cambrige University Press.
- Biermeyer,T. Elsener,F. e Timba,F. (2012).The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Lawm.European Company & Financial Law Review, vol 9 (pp.101-110).
- Bonnici,C.M. (2011). Corporate Mobility in Europe through Primary Outbound Establishment: Challenging the Daily Mail Rule. Elsa Malta Law Review Vol.1.
- Correia,F. (1951-52). Direito Internacional Privado. Coimbra Editora.
- Deák,D. (2009). Cartesio: A Step Forward in Interpreting the EC Freedom to Emigrate. Tax Notes International (Vol. 54, Nº 6, pp. 493-499).
- Deakin,S. (2006). Legal Diversity and Regulatory Competition Which Model for Europe?. Centre for Business Research,University of Cambridge Working Paper Nº. 323.
- Hansen,J,L. (2013).The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies.European Company and Financial Law Review, Vol.10 (pp.1-17).
- Henriques,N,G. (2008). Direito Comunitário (5ª Edição): Almedina.
- Johnston, A. S., Phil. (2009). Regulatory competition in European company law after Cartesio. European Law Review (34 (3)), 378-404.
- La Feria, R. d (2011). Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law. In R. d. V. La Feria, Stefan (Ed.), Prohibition of Abuse of Law A New General Principle of EU Law? (pp.15-25): Hart Publishing.
- Maduro, M. P. (2006). A Constituição Plural: Constitucionalismo e União Europeia. Principia.

Mc Cahery, A. J. e Vermeulen, P.M. (2007). Understanding Corporate Mobility in the EU -Towards the Foundation of a European “Internal Affairs Doctrine”. A Working Paper Prepared for the 5th European Company Law and Corporate Governance Conference in Berlin on 27-28-June 2007.

Mucciarelli, F.M. (2008). Company “emigration” and EC freedom of establishment: Daily Mail revisited. *European Business Organization Law Review*, Vol 9 (pp.267-303).

Mucciarelli, F.M. (2012). The Function of Corporate Law and the Effects of Reincorporations in the U.S. and the EU. *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol.20 (pp 421- 466).

Nogueira, J. F. (2009). Abuso em Fiscalidade Directa A Emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (6), 233-299.

Nogueira, J. F. (2010). *Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade. A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*: Wolters Kluwer Coimbra Editora.

Pichel, Paulo (2014). O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia. *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 6, Vol.11, p.225-259.

Pinheiro, L. d. L. (1998). O Direito Aplicável às Sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados* (ano 58).

Pinheiro, L. d. L. (2015). *Direito Internacional Privado Direito de Conflitos Parte Especial* (4.^a Edição ed. Vol. II): Almedina.

Rammeloo, S. (2012). Case C-378/10 VALE Építési Jft., Judgment of 12 July 2012, not yet reported Freedom of establishment: cross-border transfer of company “seat” – The last piece of the puzzle? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (19), 563-589.

Silva, F.C. (2014). 14 th Directive on Company Law – The need of a discipline for cross-border mobility in the EU – . Master’s thesis. LL.M. in a European and Global Context – Católica Global School of Law.

Smit, D. (2012). The National Grid Indus Case: A Pyrrhic Victory ?. European Tax Studies, (1/2012).

Soares, M.Â.C.B. (2003). A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia. Temas de Integração

Sousa, A. F. d. (2012). A europeização do Direito Internacional Privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE. Porto: Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de doutor em Direito – Ciências Jurídicas.

Sousa, A. F. d. (2010-2011). Apontamentos das Aulas de Relações Privadas Internacionais: Policopiado.

Sousa, A. F. d. (2009). Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio. Jean Monnet Working Paper, (07/09).

Sousa, A. F. d. (2013). "Direito de Estabelecimento", Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, 326-357 (3ª Edição): Almedina.

Szydło, M. (2010). "The Right of Companies to Cross-Border Conversion Under the TFEU Rules on Freedom of Establishment," European Company & Financial Law Review 7, no. 3 (09, 2010), 414-443.

Tiebout, C. M. (1956). A Pure Theory of Local Expenditures. The Journal of Political Economy, 64 (5), 416-424.

Ventura, Raúl. (1977). A sede da sociedade, no direito interno e no direito internacional português. Coleção Scientia Iuridica.

Vossestein, G. J. (2008) "Transfer of the Registered Office - the European Commission's Decision Not to Submit a Proposal for a Directive Special on Companies Crossing Borders within Europe," Utrecht Law Review 4 (2008), 53-66.

Wisniewski, A. W. e Opalski, A. (2009) Company's Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment. European Business Organization Law Review 10, 595-625.